

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho
Mención Contratación Pública y Modernización del Estado

Los Contratos Interadministrativos

Dra. Verónica del Pilar Moreno García

Quito, 2011

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la Universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

*Dra. Verónica del Pilar Moreno García
Julio de 2011*

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho
Mención Contratación Pública y Modernización del Estado

Los Contratos Interadministrativos

Dra. Verónica del Pilar Moreno García

Tutor: Dr. Genaro Eguiguren

2011

RESUMEN

La nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública - LOSNCP, establece nuevos procedimientos con una visión totalmente diferente a los procesos de contratación pública que las entidades del sector público realizaban, esto impone nuevas perspectivas orientando al sector público a un sistema transparente, eficiente y dinámico de contratación.

Se plantea así mismo como excepción la posibilidad de que las entidades del sector público se presenten como proveedoras del Estado, aparte de ser contratistas, estableciendo para este tipo de contrataciones un procedimiento especial que se lo realiza a través de la contratación directa, estos son los llamados contratos interadministrativos.

En este trabajo se hace un análisis de cada uno de los aspectos relacionados con el procedimiento aplicable a los contratos interadministrativos, desde la generación de la necesidad por parte de la unidad requirente de la entidad contratante, que es el momento en el que inicia el proceso precontractual, pasando por la suscripción del contrato y su ejecución hasta llegar a las posibles controversias que pudieran surgir durante la ejecución y que en este caso serían controversias entre dos entidades del sector público, y finalmente las causales que se pueden aplicar en el caso de los contratos interadministrativos.

Este trabajo pretende establecer si las condiciones y normas que se aplican a los contratistas privados, son también aplicables en los contratos interadministrativos considerando que se trata de una entidad del sector público como contratista, o existen diferencias que deben ser tomadas en cuenta al momento de contratar.

DEDICATORIA

Este trabajo está dedicado a mi hijo Juan
Martín, que es el que ha tenido que
aguantar mis ausencias y descuidos por
dedicarme al estudio.

Esto va por ti Juan Martín, te quiero mucho

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi familia (la Moreno García), por su apoyo para culminar esta etapa.

Agradezco a mis profesores de la Universidad Andina por su generosidad al transmitir sus conocimientos.

Agradezco al Dr. Genaro Eguiguren, por la guía y apoyo en la realización de este trabajo.

Y por último y no por eso el último al Dr. Marcelo Jaramillo Villa, mi jefe, porque cada día junto a él entiendo más a la Administración Pública y su complejidad.

INDICE

Contenido	Pág.
Resumen	3
Dedicatoria	4
Agradecimientos	5
Capítulo I Relaciones Interadministrativas	
1.1 Conceptualización	7
1.2 Convenios interadministrativos	12
1.2.1 Convenio de cooperación	13
1.2.2 Convenios de coordinación	14
1.2.3 Convenios de colaboración	16
1.2.4 Convenios de transferencia de competencias	16
1.2.5 Convenios de mancomunidad	18
1.2.6 Diferencias entre convenios cooperación, colaboración y coordinación	19
1.3 Contratos Interadministrativos	20
Capítulo II Proceso precontractual de los Contratos Interadministrativos	
2.1 Régimen Especial	24
2.1.2 Contratación Directa	27
2.2 Presupuesto Referencial	28
2.2.1 Pliego de condiciones	29
2.3 Inicio de proceso	33
2.3.1 Invitación	33
2.3.2 Audiencia de preguntas y respuestas	34
2.3.3 Presentación de la oferta	35
2.3.4 Negociación	38
CAPITULO III Ejecución De Los Contratos Interadministrativos	
3.1 Condiciones contractuales	41
3.2 Supervisión y fiscalización de los contratos	45
CAPITULO IV Terminación de las obligaciones nacidas de los contratos interadministrativos	
4.1 Cumplimiento del objeto contractual	53
4.2 Cumplimiento del plazo contractual	54
4.3 Mutuo Acuerdo de la parte	55
4.4. Terminación unilateral de contratante en caso de incumplimiento del contratista	58
4.5 Terminación unilateral por causas imputables al contratante	65
4.6 Sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista	66
4.7 Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica	67
4.8 Solución de conflictos generados en los contratos interadministrativos	69
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	73
BIBLIOGRAFIA	76

CAPITULO I

RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS

1.1 Conceptualización.- El Estado tiene como uno de sus fines más importantes el satisfacer el interés general o bien común, y para cumplir con este propósito es necesario que el Estado establezca no solamente relaciones con los particulares sino también con otras instituciones del sector público; una de estas formas es a través de la contratación pública, sin embargo dentro de ésta forma no existe un régimen unitario que permita agrupar a las diferentes formas contractuales que utiliza el Estado, así tenemos los contratos que se suscriben con los particulares, los cuales deben cumplir con una serie de requisitos previos y en nuestro país se rigen por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP; los contratos regulados por el derecho privado como el de comodato, arrendamiento, entre otros; los contratos que se suscriben bajo las normas de convenios internacionales con organismos multilaterales que establecen su propio procedimiento de contratación y que se excluyen de los procesos precontractuales establecidos en leyes nacionales; y los contratos interadministrativos que son las relaciones que surgen entre entidades u organismos del Estado y éstas son una forma más de lo que se conoce como relaciones interadministrativas.

Entonces, las relaciones interadministrativas son aquellos vínculos que se crean entre entidades del Estado, así lo señala Enrique Rivero Ysern, en su artículo: *“Las relaciones interadministrativas”*: *“... las relaciones interadministrativas son aquellas que, en virtud de las previsiones del Ordenamiento jurídico, pueden originarse entre dos o más esferas administrativas...”*¹, es preciso entender que un órgano administrativo por sí solo, en muchas ocasiones no puede cumplir con sus fines en forma independiente y requiere del concurso de particulares pero también puede contar con el apoyo de otros órganos administrativos que persiguen en forma simultánea y separadamente el mismo objetivo, por lo tanto se requiere que éstos se articulen aplicando dos principios importantes dentro de la administración pública que son los de cooperación y coordinación, siempre en el marco del respeto y no injerencia de las competencias de cada una de estas entidades. Es así que la Constitución de la República del Ecuador claramente establece en su artículo 226, la necesidad de cooperación y coordinación de las entidades del sector público para el cumplimiento de sus fines institucionales y el goce y ejercicio de los derechos fundamentales:

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

¹ Enrique Rivero Ysern, *“Las relaciones interadministrativas”*, revista de administración pública, España, 1980, pág. 41

Por otro lado, para Miguel Marienhoff dice que la relación jurídica interadministrativa es: *“... aquella que vincula a dos o más personas jurídicas públicas estatales, ya se trate del Estado en sentido amplio (nación o provincias) o de cualquiera de las personas jurídicas públicas de carácter estatal”*². Por tanto, queda claro que las relaciones interadministrativas son aquellas que nacen entre personas jurídicas públicas pertenecientes al Estado, ya sea que se trate gobiernos autónomos descentralizados o entidades públicas del Gobierno Central o Institucional.

Por otro lado, con el propósito de evitar una confusión en cuanto a esta definición, es necesario realizar una diferenciación entre lo que doctrinariamente se conoce como relaciones interorgánicas que son aquellas que se generan entre órganos que no tienen personalidad jurídica, que tienen una vinculación jerárquica y que se consideran como actividad interna de la Administración Pública y sus efectos no rebasan la esfera propia de la persona jurídica dentro de la cual se producen, un ejemplo de esto se encuentra en las relaciones que mantiene el Presidente con el Jefe de gabinete y los Ministros de Estado; y las relaciones interadministrativas que nacen de los vínculos entre personas jurídicas estatales, es decir que gozan de autonomía y personalidad jurídica propia, en este sentido, Juan Carlos Cassagne establece varios requisitos que deben concurrir para que una persona jurídica posea la condición de estatal, a saber:

1. Debe ser creada por el Estado, y esto debe darse a través de un acto normativo, en el caso de nuestro ordenamiento jurídico, mediante ley,

² Miguel Marienhoff, “Administración pública – Actividad Interorgánica – Relaciones Interadministrativas, Jurisprudencia Argentina, 1962, pág. 77, citado por Juan Carlos Cassagne, “Las relaciones interadministrativas”, revista chilena de derecho, vol. 2, Santiago de Chile, pág. 224.

decreto u ordenanza, requisito sin el cual no se daría origen a una entidad del sector público.

2. Debe pertenecer a una organización administrativa conforme las normas que la regulan, es decir, su inclusión dentro de la estructura estatal debe estar fundamentada en la normativa y articulada para el cumplimiento de los fines estatales.
3. Debe el Estado tener control administrativo financiero y contable sobre la entidad.

Es así que, cuando convergen estos tres requisitos juntos estamos hablando de personas jurídicas estatales y con las cuales se pueden crear o constituir relaciones interadministrativas, y queda claramente establecida la diferencia con las relaciones interorgánicas.

El régimen jurídico que debe aplicarse en este tipo de relaciones debe ser diferente al que se aplica en las relaciones con los particulares, ya que en este caso no existe la supremacía de la Administración, es decir se presentan en igualdad de condiciones en cuanto a su naturaleza jurídica se refiere, estamos hablando de la relación de dos personas jurídicas estatales que al aunar sus esfuerzos buscan cumplir con sus objetivos en bien de la colectividad, esto es el principio de unidad de acción que debe orientar a toda la Administración Pública. Por lo tanto, se entendería que las prerrogativas estatales no pueden ser aplicadas entre estas entidades, ya que es el mismo Estado el que mantiene el control administrativo y financiero sobre sus actos y cada persona jurídica estatal debe actuar en su esfera de poder, respetando las atribuciones que el ordenamiento jurídico le ha reconocido.

Las relaciones interadministrativas pueden presentarse en dos modalidades en razón de los sujetos de la relación que pueden ser estatales y no estatales y en razón del ámbito territorial o esfera de competencia; así Enrique Rivero Ysern, establece que en las relaciones interadministrativas pueden establecerse las siguientes:

- a) *La Administración central (esto es la entidades que son parte del gobierno central) con la local (que en nuestro país son los gobiernos autónomos descentralizados, comprendiendo: los gobiernos regionales, gobiernos provinciales, gobiernos municipales y las juntas parroquiales)*
- b) *La Administración central con la institucional (entidades como el Servicio de Rentas Internas, Corporación Financiera Nacional, entre otras)*
- c) *La Administración local con la institucional*
- d) *Convenios en el seno de la Administración institucional*
- e) *La Administración central con la local y la institucional.*³

La Constitución de la República del Ecuador, aprobada en el año 2008, establece varios niveles de gobierno: en primer lugar está el Estado Central, representado por el Ejecutivo y los gobiernos autónomos descentralizados que comprenden: las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los consejos metropolitanos, consejos provinciales y consejos regionales, los mismos que tienen facultad legislativa en el ámbito de sus competencias y jurisdicción territorial, a excepción de las juntas parroquiales rurales que tiene facultades reglamentarias únicamente, estos niveles de gobierno tienen la obligación de desarrollar actividades de colaboración y complementariedad.

La Administración Pública por su parte establece diferentes formas jurídicas a través de las cuales instrumentaliza sus relaciones ya sea ésta entre

³ Enrique Rivero Ysern, *ibídem*, pág. 41.

particulares o con entidades estatales y todas son la expresión de la voluntad de la administración, así tenemos los contratos, convenios y actos administrativos.

Una vez que se ha establecido como se constituyen las relaciones interadministrativas es necesario analizar los diferentes instrumentos que emplea la administración pública para plasmar su voluntad, en lo que respecta a sus vínculos con otras entidades estatales.

1.2.- Convenios interadministrativos.- Esta una de las dos grandes categorías en las que se dividen los convenios de la administración y que son el resultado de las relaciones administrativas nacidas entre dos personas jurídicas estatales.

Por lo que, los convenios interadministrativos son aquellos en los que se establece un vínculo mediante el acuerdo de voluntades celebrado entre dos o más personas jurídicas públicas con el objeto de coordinar, cooperar o colaborar en la realización de funciones administrativas de interés común, es decir, en esta relación existen dos entidades estatales que buscan aunar sus esfuerzos a fin de lograr cumplir con sus fines y objetivos institucionales buscando el interés general.

Partiendo de este concepto queda claramente establecido que la relación debe nacer de dos personas jurídicas pertenecientes al sector público, es decir, que tengan personalidad jurídica que puedan generar relaciones interadministrativas, ya que de lo contrario se estaría hablando de relaciones interorgánicas que pueden generar únicamente acuerdos entre unidades administrativas pertenecientes a la misma persona jurídica estatal.

El objeto en los convenios interadministrativos, es el de desarrollar un mandato de colaboración armónica entre los diferentes entes de Estado para la consecución de sus fines y cumplir con lo establecido en la Carta Magna que determina como una obligación de las entidades del sector público, que las autoridades deben coordinar sus acciones garantizando así el eficiente y eficaz ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la consecución de interés general en beneficio de la comunidad. Por tanto, las partes acuerdan la suscripción de este tipo de instrumentos; primero porque tienen capacidad jurídica y administrativa para unirse a otra entidad con el propósito de cumplir sus objetivos en el marco de sus competencias.

Otro aspecto, importante que hay que señalar, es que con los convenios interadministrativos las relaciones jurídicas que se generan son de obligatorio cumplimiento para las partes suscribientes, lo que quiere decir, que tienen plenos efectos jurídicos en el sentido de que las obligaciones deben ser ejecutadas y cumplidas a cabalidad.

Pero el fin que persigan los convenios interadministrativos no deben poder obtenerse a través de un contrato administrativo, es decir, la suscripción de convenios no debe ser utilizado como un medio para evadir los procedimientos contractuales establecidos en el ordenamiento jurídico, que en el caso ecuatoriano, es la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, su Reglamento General de aplicación y las Resoluciones emitidas por el Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP.

En este contexto existen varios tipos de convenios interadministrativos, de acuerdo al objeto que tengan, los que presentan sus particularidades propias:

1.2.1.- Convenios de Cooperación.- Los convenios de cooperación son aquellos que vinculan a personas jurídicas estatales que buscan aunar sus esfuerzos con el propósito de cumplir un objetivo común. El jurista colombiano Augusto Ramón Chávez Marín, habla de la cooperación en los siguientes términos: *“... La cooperación, se refiere a una ayuda, un auxilio, la solidaridad entre los sujetos desde su ámbito competencial que ejecutan actividades que interesan mutuamente a las partes para alcanzar un fin común de forma más eficaz. Es decir, cada una de las partes ejerce sus propias competencias, que son diferentes pero que es necesario relacionar para efectos de realizar la función administrativa de manera eficiente”*⁴

De ahí que los convenios de cooperación tienen dos características fundamentales: la primera es la que se refiere a la igualdad posicional, dada esta particularidad también se llaman a este tipo de convenios “voluntarios”, es decir, no existe subordinación de una entidad sobre la otra, los dos órganos tienen intereses comunes y tienen igualdad de condiciones, en la que se articulan mecanismos orgánicos o funcionales de actuación conjunta. Y la segunda característica se refiere al acuerdo o consenso como el elemento necesario para la consecución de los objetivos a los que sirve la cooperación. En este tipo de convenios existe una relación bilateral, en los que priman la voluntad de las partes y en los que ha existido previamente un proceso de negociación para llegar a consensos y establecer claramente las condiciones de la cooperación; se comparten tareas encaminadas a cumplir un objetivo común.

⁴ Augusto Ramón Chávez Marín, “Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual”, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, págs. 28 y ss, citado por Jorge Enrique Santos Rodríguez, “Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos”, pág. 11

1.2.2.- Convenios de coordinación.- En este tipo de convenios podemos encontrar dos corrientes que hacen una diferenciación de lo que quiere decir la coordinación; por un lado, están los que establecen que los sujetos que intervienen realizan separadamente las funciones o actividades en el marco de sus competencias, pero las coordinan en cuanto sean concordantes para lograr un fin común, es decir, se busca mantener la separación de competencias, armonizando y articulando sus acciones de tal forma que se logre evitar una duplicidad de funciones y esfuerzos e ineficiencias. Por ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico encontramos este tipo de convenios de coordinación en el Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomías y Descentralización en su artículo 126, que establece:

“Art. 126.- El ejercicio de las competencias exclusivas establecidas en la Constitución para cada nivel de gobierno, no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos. En este marco, salvo el caso de los sectores privativos, los gobiernos autónomos descentralizados podrán ejercer la gestión concurrente de competencias exclusivas de otro nivel, conforme el modelo de gestión de cada sector al cual pertenezca la competencia y con autorización expresa del titular de la misma a través de un convenio.”

Por lo que, los distintos niveles de gobierno pueden suscribir convenios interadministrativos de coordinación para poder cumplir con sus competencias, lo que implica que no se duplicarán los esfuerzos para cumplir con los objetivos institucionales, sino que más bien al establecerse una coordinación se evitará la duplicidad de funciones y con esto prestar un servicio más eficiente a la colectividad, optimizando así los recursos tanto humanos como financieros.

Por otro lado, están los que determinan que existe una subordinación de un órgano sobre el otro, es decir, se otorga el poder a quien ostenta la competencia y limita o condiciona el ejercicio, del órgano coordinado, sin embargo el ente coordinador debe respetar la autonomía de los entes coordinados en el desempeño de su ejercicio. Aquí se establece una relación unilateral e imperativa, en tanto que es la ley quien otorga al ente coordinador esta competencia.

Sin embargo el objetivo de la coordinación de los entes estatales es el de asegurar la coherencia de la actuación pública sin el desgaste que supone el control continuo, a través del compromiso de las partes.

1.2.3.- Convenios de colaboración.- Son aquellos en los que una entidad estatal presta apoyo específico a otra para que cumpla con sus fines y que es de interés para la entidad que apoya, pero que no es propio de su competencia o función. El jurista colombiano Augusto Ramón Chávez Marín, habla sobre los convenios de colaboración de la siguiente manera: *“...en este evento se presenta una actividad mediante la cual se ayuda, se apoya a otra institución para que pueda llevar adelante cabalmente sus competencias y actividades...”*⁵

El convenio interadministrativo de colaboración se da cuando la entidad colaboradora se propone apoyar a otra con el interés de que cumpla con su objetivo institucional, pero en el que la colaboradora actúa como Estado, es decir con la intención de obtener el bien común o interés general, es importante mencionar que el apoyo que brinda la entidad estatal no está dentro de sus competencias o funciones.

⁵ Augusto Ramón Chávez Marín, “Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual”, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, pág. 135.

1.2.4.- Convenios de transferencia de competencias.- El Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Descentralización y Autonomías – COOTAD, establece que la descentralización de la gestión del Estado consiste en la transferencia obligatoria, progresiva y definitiva de competencias con los respectivos talentos humanos y recursos financieros, materiales y tecnológicos, desde el gobierno central hacia los gobiernos autónomos descentralizados.⁶

En concordancia con esta norma la Constitución de la República del Ecuador ha establecido una serie de competencias exclusivas para cada nivel de gobierno⁷, las mismas que deben ser transferidas, en caso de que aún no las tuvieren a través de un procedimiento que el COOTAD establece, en el que el Consejo Nacional de Competencias deberá presentar un informe de estado de situación de la ejecución y cumplimiento de las competencias a ser descentralizadas y un informe de la capacidad operativa de los gobiernos autónomos descentralizados para asumir las nuevas competencias, el mismo que se fundamentará en un informe técnico sectorial sobre el estado de ejecución y cumplimiento actual de las nuevas competencias emitido por el correspondiente organismo nacional de la Función Ejecutiva, así como también deberá emitir su informe el organismo encargado de las finanzas públicas, sobre la disponibilidad de fondos en relación a la transferencia de las competencias a los gobiernos autónomos descentralizados, ya que la transferencia de competencias va de la mano de la transferencia de los recursos financieros que permitan ejercer dicha competencia, salvo que el gobierno autónomo descentralizado quiera asumirla sin los recursos

⁶ Artículo 105 COOTAD

⁷ Arts. 261 al 267 de la Constitución de la República del Ecuador

necesarios.⁸ Con estos insumos técnicos el Consejo Nacional de Competencias deberá realizar un análisis del costeo de la transferencia de las competencias y mediante resolución motivada establecerá que gobiernos autónomos descentralizados están en la capacidad de recibir la competencia y ejercerla y con cuales por el contrario es necesario iniciar un proceso de fortalecimiento, y subsidiariamente, el Estado asume el ejercicio de esta competencia hasta que pueda ser transferida. Por tanto, el convenio de transferencia de competencias con el análisis de la normativa actual vigente en el Ecuador no se podría establecer desde las entidades del gobierno central a los gobiernos autónomos descentralizados, sin embargo, es posible establecer este tipo de convenios de transferencia de competencias entre entidades del gobierno central y el institucional.

1.2.5.- Convenios de mancomunidad.- La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 243 establece que:

“Dos o más regiones, provincias, cantones o parroquias contiguas podrán agruparse y formar mancomunidades, con la finalidad de mejorar la gestión de sus competencias y favorecer sus procesos de integración. Su creación, estructura y administración serán reguladas por la ley”⁹

Lo que determina que en la legislación ecuatoriana exista la posibilidad de que varias regiones, provincias, cantones o parroquias se agrupen con la finalidad de aunar esfuerzos que tendrán como objetivo cumplir con sus fines institucionales, surgiendo de esta forma un nuevo ente con plena capacidad

⁸ Art. 273 Constitución de la República del Ecuador.

⁹ Art. 243 de la Constitución de la República del Ecuador

para cumplir ese fin; la posibilidad de la suscripción de este convenio es desarrollada en el Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomías y Descentralización COOTAD, es así que lo define de la siguiente manera:

“Las mancomunidades y consorcios son entidades de derecho público con personalidad jurídica para el cumplimiento de los fines específicos determinados de manera expresa en el convenio de creación”¹⁰

En esta norma se realiza una distinción entre mancomunidades y consorcios, determinando que un consorcio es cuando se establece una mancomunidad entre dos o más gobiernos autónomos descentralizados del mismo nivel de gobierno que no fueran contiguos o entre gobiernos autónomos descentralizados de distintos niveles, así mismo este Código establece el procedimiento que se debe seguir a fin de concretar la constitución de las mancomunidades o consorcios y la posibilidad de recibir financiamiento del presupuesto general del Estado para la ejecución de los proyectos planteados de manera conjunta.

1.2.6.- Diferencias entre los convenios de cooperación, de coordinación y de colaboración.- Una vez que se han establecido las características de cada uno de estos convenios creo necesario determinar sus diferencias:

- 1) En los convenios de cooperación y de colaboración existe una relación de igualdad, no en el sentido de la similitud de los recursos y capacidades sino en la voluntariedad y libre disposición de las entidades que intervienen, mientras que en los de coordinación la relación es de

¹⁰ Art. 286 del Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomías y Descentralización - COOTAD

subordinación, que se constituye en un imperativo, es decir es obligatorio.

- 2) En los convenios de cooperación las entidades intervinientes comparten tareas y acciones que están encaminadas a conseguir un fin común, mientras que en los de coordinación se busca armonizar las funciones a fin de eliminar la duplicidad de esfuerzos y conseguir la prestación de los servicios de una forma oportuna y más eficiente y eficaz, por otro lado en los convenios de colaboración uno de los intervinientes busca ayudar a cumplir al otro uno de sus fines ya que existe un interés de que se cumpla por parte del que ayuda pero esto no está dentro de sus competencias, se busca pues con este tipo de convención la optimización de los recursos.

Sin embargo de lo anteriormente dicho, los principios de colaboración, coordinación y cooperación son complementarios ya que si bien la norma puede determinar la necesidad de coordinación siempre es necesaria que las entidades del sector público se vinculen y articulen sus acciones en el marco del respeto de sus competencias para conseguir el propósito estatal que es la consecución del beneficio común y de la colectividad.

Ya se ha explicado que los convenios interadministrativos tienen un componente bilateral en el que existe una concurrencia de dos o más voluntades, lo que determina una posición paritaria de las partes que lo suscriben no así en los contratos interadministrativos ya que en estos nos encontramos frente a la voluntad unilateral de una de las partes, la entidad contratante, que está en la obligación de respetar una serie de procedimientos establecidos en la ley y que son previos a la contratación.

1.3.- Contratos interadministrativos.- Una vez que se ha determinado una diferenciación entre los convenios y los contratos interadministrativos, es necesario conocer cuando dentro de las actuaciones administrativas nos encontramos frente a un contrato interadministrativo, el jurista colombiano Jorge Enrique Santos, dice que el contrato interadministrativo *“es el celebrado entre dos entidades públicas con capacidad de tener relaciones interadministrativas, con la particularidad de que el contrato es un negocio jurídico generador de obligaciones al cual acuden las partes con diversidad de intereses. En el contrato se pueden identificar contratantes y contratista, y el segundo, aunque persona pública, tiene intereses y está en un mercado de forma similar a como lo hace el particular”*¹¹. Jorge Enrique Santos, habla del contrato interadministrativo como un contrato que se celebraría con un particular más, sin embargo Juan Carlos Cassagne considera que: *“la presencia de dos o más sujetos estatales en este tipo de acuerdo le imprime a la contratación una modulación especial, caracterizada por la ausencia de prerrogativas exorbitantes al derecho común que pueden afectar el principio de unidad de acción, que se vincula, a su vez, con otro principio esencial propio de nuestro Estado federal; la unidad del poder del Estado”*¹². Con lo expuesto anteriormente se puede establecer que existen dos visiones claramente diferenciadas en lo que tiene relación a las condiciones que se deben determinar en los contratos interadministrativos, por un lado existe una visión doctrinaria en la que se considera que a la entidad estatal que actúa como contratista se la debe tratar como un particular frente a la visión de que no es el mismo tratamiento el que se debe dar a la entidad pública contratista ya que se debe respetar el derecho de unidad del poder del Estado. Una vez que hemos visto los diferentes puntos

¹¹ Jorge Enrique Santos Rodríguez, “Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos, pág. 11

¹² Juan Carlos Cassagne, “El contrato administrativo”, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Segunda Edición, Buenos Aires, 2005, Pág. 37.

de vista respecto de los contratos interadministrativos es necesario determinar las características de estos contratos que son determinados por la legislación ecuatoriana:

- Es celebrado entre dos entidades públicas con capacidad de contratar, una de éstas será la contratante y la otra la contratista, esta característica es la que marca la denominación a este tipo de contratos. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP, establece en su artículo 2, que para la contratación entre dos entidades públicas se aplicará el procedimiento determinado por el Presidente de la República, a través del Reglamento, para estos casos y el artículo 98 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- En nuestra Ley, la entidad pública para poder ser parte de los proveedores del Estado debe cumplir con lo establecido en el artículo 10 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública RLOSNCP, que determina lo siguiente:

“Art. 10.- Entidad contratante como proveedor.- Si una entidad contratante, a su vez, es proveedor de obras, bienes o servicios, se registrará en el RUP, cumpliendo todos los requisitos previstos para las personas jurídicas”.¹³

Por tanto, la normativa vigente ecuatoriana permite a la entidad pública ser proveedor del Estado cuando ésta cumpla con los mismos requisitos que las personas jurídicas privadas o particulares. Lo que nos permite colegir que las entidades públicas pueden cumplir este doble papel la de

¹³ Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, RLOSNCP.

contratante y la de contratista, siempre y cuando sus funciones, atribuciones, responsabilidades se lo permitan.

- No se aplica en este tipo de contrataciones el proceso de selección, sino que se las realiza a través de la contratación directa, es decir, no es posible el concurso de oferentes.
- Se establece un proceso precontractual especial para llegar a la adjudicación del contrato a una entidad pública.
- La normativa vigente ecuatoriana establece como una excepción a este tipo de contrataciones la obligación de presentar garantías tanto de fiel cumplimiento como de buen uso del anticipo, que es una condición obligatoria para los contratistas particulares, aunque también para los particulares se han establecido algunas excepciones.

Adicionalmente, es importante tomar en cuenta lo que ha expresa Juan Carlos Cassagne en relación a las características que tienen los contratos interadministrativos: *“el régimen jurídico que poseen los contratos interadministrativos se caracteriza por algunas notas diferenciales, tales como: a) excepción al requisito de licitación pública en el proceso de selección; b) inaplicabilidad de multas o sanciones pecuniarias a entidades estatales; c) un particular sistema de solución de conflictos; y, d) no rige el principio de la estabilidad del acto administrativo cuando las entidades se hallan en una misma esfera de gobierno (nacional o provincial), lo cual tendrá aplicación respecto de los actos de ejecución de un contrato interadministrativo”*¹⁴ características que tienen puntos de coincidencia con la legislación ecuatoriana y que serán analizadas en los capítulos posteriores.

¹⁴ Juan Carlos Cassagne, “El contrato administrativo”, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Segunda Edición, Buenos Aires, 2005, Pág. 95

CAPITULO II

PROCESO PRECONTRACTUAL DE LOS CONTRATOS

INTERADMINISTRATIVOS

La Administración Pública a diferencia de las empresas privadas deben someterse a un procedimiento establecido en la Ley para poder seleccionar al mejor contratista o al más idóneo, no así la empresas sometidas al Derecho Privado que sin someterse a un procedimiento determinado pueden elegir libremente a los contratistas, por tanto en el procedimiento administrativo de contratación se puede identificar una clara etapa previa a la suscripción del contrato, es decir existen actos administrativos necesarios que configuran la voluntad de la administración y de los cuales no se puede prescindir, como son: la generación de la necesidad, en la que se establecen las razones de la contratación y como ésta permitirá el cumplimiento de los fines institucionales y la que debe estar vinculada al Plan Anual de Contratación, al Plan Operativo Anual, a los Planes Plurianuales, entre otros; los estudios técnicos de factibilidad y prefactibilidad; en nuestra legislación también son necesarios los estudios de desagregación tecnológica que tiene como objetivo el determinar la proporción mínima de participación nacional o local; especificaciones técnicas; entre otros.

2.1.- Régimen Especial.- La LOSNCP, establece en su artículo 2, las contrataciones que se someterán al procedimiento establecido por el Presidente de la República en el Reglamento, entre las que se encuentra en el numeral 8 la siguiente:

“8. Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí”.¹⁵

En concordancia con el artículo 98 del RLOSNC, que establece los contratos que se deben sujetar a este procedimiento y que son los que celebren:

1. *“El Estado con entidades del sector público, o éstas entre sí;*
2. *El Estado o las entidades del sector público con:*
 - 2.1. *Las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público;*
 - 2.2 *Las empresas subsidiarias de aquellas señaladas en el numeral 2.1.o las subsidiarias de éstas; y,*
 - 2.3 *Las personas jurídicas, las empresas o las subsidiarias de éstas, creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica, cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado en una proporción superior al cincuenta por ciento;*
3. *Entre sí, las personas jurídicas, las empresas o las subsidiarias de éstas, creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica, cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado en una proporción superior al cincuenta por ciento”.¹⁶*

¹⁵ Art. 2, numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

¹⁶ Artículo 98 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Adicionalmente, el Reglamento a la Ley establece también la posibilidad de realizar contrataciones con este Régimen Especial con entidades públicas internacionales:

“Art. 100.- Contrataciones con empresas públicas internacionales.- Las contrataciones que celebren el Estado o las entidades y empresas consideradas en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley, con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional, se realizarán de conformidad con los términos y condiciones constantes en los tratados, convenios, protocolos y demás instrumentos internacionales, de haberlos; así como, en acuerdos, cartas de intención y demás formas asociativas; en el caso de no haberse previsto un régimen de contratación específico, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo precedente. Para el propósito de este artículo, como empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional se entienden a las personas jurídicas, las empresas o las subsidiarias de éstas, creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica, cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado de la Comunidad Internacional, en una proporción superior al cincuenta por ciento”¹⁷.

Por lo tanto, las contrataciones entre entidades del sector público conforme la normativa vigente ecuatoriana se deben regir a un procedimiento especial que se realizará a través de contratación directa, pudiéndose contratar también a través de este procedimiento a entidades públicas de la comunidad internacional, siempre y cuando en los tratados o convenios firmados con los países de estas entidades no se haya establecido un procedimiento diferente,

¹⁷ Artículo 100 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

aquí se abre pues la posibilidad de que el Estado pueda cumplir con sus objetivos con el concurso de entidades públicas internacionales.

2.1.2.- Contratación directa.- El jurista Solano Sierra lo define como: *“el procedimiento por entendimiento directo en el que la entidad pública previo el (análisis) cumplimiento de requisitos menos formales, como también ante el acaecimiento de ciertas situaciones o circunstancias, elige al cocontratante”*¹⁸, pero este procedimiento de contratación requiere en la Administración Pública un procedimiento previo, si bien éste es mucho más ágil que el procedimiento de selección existe en la legislación las normas claras que deben seguirse, aunque es la Administración Estatal la que decide el potencial contratista y como lo dice Solano Sierra es necesario que converjan una serie de situaciones o circunstancias que permitan a la Entidad Estatal el poder decidir por este procedimiento. Muchas veces se confunde el procedimiento de contratación directa con el contrato mismo por lo que es necesario recalcar que previa a la celebración del contrato la normativa exige el cumplimiento de una serie de actos que configuran la voluntad de la Administración, adicionalmente la voluntad discrecional de la Administración se ve limitada en la norma misma, la LOSNCP, establece nueve casos en los que se podrá aplicar la contratación directa, bajo el régimen especial, sin incluir los procedimientos de menor e ínfima cuantía que tienen su casuística propia, esto con el fin de garantizar el principio de transparencia en la contratación. Esto es explicado claramente por Miguel Marienhoff, en su Tratado de Derecho Administrativo al expresar que: *“De manera que los procedimientos cualquiera de ellos que impliquen una restricción a la “libre elección” del cocontratante por parte de la Administración Pública, son*

¹⁸ Solano Sierra, citado por Juan Carlos Expósito Vélez, “La configuración del contrato de la administración pública en Derecho Colombiano y Español”, Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 463

*improcedentes si una norma válida no los exige como requisitos de la respectiva contratación”.*¹⁹

En las contrataciones interadministrativas que se celebran en el Ecuador el principio general es la contratación directa, y debe considerarse exceptuado del proceso de selección ya que es el propio Estado el que por intermedio de sus órganos, agentes y entes que lo integran, el que va a ejecutar el contrato; no obstante de que se pueda decidir por realizar un proceso selectivo para la contratación de un particular, ya que objeto de la contratación puede ser proporcionada de igual manera por una empresa privada; tomando en cuenta además que en cualquiera de los dos se debe cumplir con un procedimiento previo a la celebración del contrato.

2.2.- Presupuesto referencial para la contratación.- La identificación de las condiciones técnicas de los bienes, servicios u obras que son requeridos por la entidad pública junto con las condiciones de especialidad que deben cumplir permiten que se establezca los costos del contrato, los que deben ser incluidos en los pliegos de condiciones, esto permite que el oferente presente su oferta rigiéndose al presupuesto con que cuenta la entidad pública, que en el caso de la subasta inversa electrónica por ejemplo debe ser menor al planteado por la entidad pública. En el caso de los contratos interadministrativos, es de entenderse que el monto que se establecerá será siempre menor al que se determinaría en el proceso de contratación de particulares; considerando que las entidades públicas que actúan como proveedoras del Estado no tienen el fin de lucro como los contratistas privados.

¹⁹ Miguel Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo III-A, 4ta. Edición, 1998, pág. 163

Además del presupuesto referencial que constituye un factor de selección es importante establecer el contenido de los pliegos de condiciones que serán el punto de partida del proceso de contratación.

2.2.1.- Pliegos de condiciones.- Una vez que la entidad contratante ha identificado la necesidad de contratación, ya que para iniciar un proceso de contratación se requiere que se justifique la necesidad, teniendo en cuenta lo que dice el catedrático español David Blanquer: *“la Administración Pública solamente puede celebrar contratos que sean necesarios para el cumplimiento y la realización de sus fines institucionales”*²⁰, es necesario que establezca a través de los pliegos de contratación sus necesidades específicas a fin de que los posibles proveedores puedan decidir si presentan o no su oferta a la entidad.

En el caso de los contratos interadministrativos también son necesarios estos pliegos de contratación, conforme lo establece el artículo 31 de la LOSNCP:

*“Los Pliegos contendrán toda la información requerida para participar en un proceso de provisión de obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría. Los Pliegos contendrán toda la información técnica, económica y legal requerida en un proceso como planos, estudios, especificaciones técnicas, condiciones económicas, legales y contractuales”*²¹.

La elaboración del pliego de condiciones tiene un carácter interno en la entidad contratante, no obstante en caso de tratarse de una contratación sumamente compleja y en la que la entidad pública no cuente con profesionales con los conocimientos especializados necesarios, es posible la

²⁰ David Blanquer, “Derecho Administrativo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 711.

²¹ Art. 31 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

contratación de una consultoría que se encargue de la elaboración de este documento.

Juan Carlos Cassagne, establece que: *“los pliegos de las licitaciones o concursos públicos contienen un conjunto de prescripciones que comprenden desde reglas de procedimiento, requisitos técnicos y financieros de las ofertas, criterios de selección y hasta cláusulas de naturaleza contractual que regirán la futura relación con el adjudicatario.”*²², ratificando lo expresado por Cassagne, Roberto Dromi, expresa que: *“los pliegos de condiciones es el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante. Las cláusulas especifican el suministro, la obra o el servicio que se licita (objeto), las pautas que regirán el contrato a celebrarse, los derechos y obligaciones de los oferentes y del futuro contratista (relación jurídica) y las condiciones a seguir en la preparación y la ejecución del contrato”*²³; considerando lo antes expresado el pliego de condiciones debe contener los siguientes aspectos:

1. La normativa de regulación del procedimiento administrativo que se hace obligatorio para quienes van a intervenir, en el caso de los contratos interadministrativos el Reglamento a la LOSNCP, establece el procedimiento, en el que por ser una contratación directa, contiene cláusulas particulares, que son las que se refieren a este tipo de contrato específicamente, como es la exención de la presentación de garantías sin importar el monto del contrato o si se entrega anticipo.
2. Los requisitos que se deben cumplir para poder presentar la oferta, nuevamente en el caso de estudio, las entidades públicas al presentarse como proveedores del Estado también tienen la obligación

²² Juan Carlos Cassagne, “El contrato administrativo”, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Segunda Edición, Buenos Aires, 2005, Pág. 95.

²³ Roberto Dromi, “Derecho Administrativo, Ciudad Argentina, Hispania Libros, 11va. Edición, Buenos Aires, 2006, Pág. 512

de cumplir algunos requisitos, como es el estar inscritos en el Registro Único de Proveedores RUP, en calidad de proveedores y no solamente como contratantes del Estado.

3. Las reglas para la presentación de las ofertas, que determina la forma en que se debe elaborar la propuesta y cuáles son las condiciones que debe contener para que se ajuste a las necesidades de la Entidad y pueda ser en el caso de los contratos interadministrativos calificada y aprobada, esto además siguiendo las reglas y normas establecidas en la Ley, por lo que debe ser clara en cuanto a las formalidades exigidas para que no existan confusiones o una interpretación diferente por parte de quien va a presentarla. Se debe expresar también la fecha y hora en la que se debe presentar la oferta para ser tomado en cuenta en el momento de la calificación, según lo establece la legislación ecuatoriana las ofertas se deben presentar a través del portal de compras públicas (www.compraspublicas.gob.ec)
4. El objeto del contrato y la calidad de los bienes, servicios y obras a ser contratados, en este punto se debe hacer referencia a los aspectos puramente especializados, referidos al objeto, es decir, el oferente se debe ajustar a los requerimientos y a las necesidades de la entidad pública.
5. El presupuesto referencial para la contratación, en el que la entidad contratante debe cuantificar el valor de los bienes, servicios u obra que va a contratar y la que el oferente deberá tomar como punto de referencia para presentar su oferta económica, la cual puede ser igual o menor, pero nunca mayor. El valor de la oferta es uno de los factores

de selección por parte de la entidad en un proceso selectivo, no así en el proceso de contratación directa que se aplica en los contratos interadministrativos.

6. No se puede incluir en los pliegos; condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

Una vez que se han establecido los términos de la contratación internamente en la entidad se hace necesario cumplir con dos requisitos importantes y sin los cuales no se puede realizar la convocatoria a los oferentes, esto es la certificación presupuestaria, tal cual lo expresan el artículo 24 de la LOSNCP:

“Art. 24.- Presupuesto.- Las entidades previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación. El Reglamento establecerá las formas en que se conferirán las certificaciones o los mecanismos electrónicos para la verificación a que se refiere el inciso anterior.”²⁴

Esto en concordancia con lo establecido en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que determina que:

²⁴ Artículo 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

“Art. 115.- Certificación Presupuestaria.- Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria”.²⁵

Y con la certificación de que esta contratación se encuentra dentro del Plan Anual de Contrataciones, conforme lo determina el artículo 22 de la LOSNCP, que se formula en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo, a la planificación plurianual de la Institución y al Presupuesto General del Estado.

Igualmente, se trata de un trámite interno de la Administración; sin contar con la certificación presupuestaria que garantiza la disponibilidad de los fondos suficientes para la contratación y la certificación de que esta contratación se encuentra en el Plan Anual de Contrataciones, la Entidad Pública no puede iniciar el proceso de contractual.

2.3.- Inicio de proceso.- Con estos dos documentos, esto es con el pliego de condiciones y la certificación presupuestaria, la máxima autoridad de entidad pública para el caso de los contratos interadministrativos expide una Resolución en la que conste la conveniencia y viabilidad técnica y económica de la contratación; aprueba los pliegos, el cronograma del proceso; y, dispone el inicio del procedimiento especial; esto se publica en el Portal www.compraspublicas.gov.ec, adjuntando los pliegos y el cronograma del proceso y la identificación de la entidad o empresa (recordemos que se puede invitar a una empresa pública) a ser invitada, señalando el día y la hora en que fenece el período para la recepción de la oferta.²⁶

2.3.1.- Invitación.- Con el cumplimiento de los requisitos antes expresados la entidad contratante está lista para convocar o invitar según sea el

²⁵ Artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

²⁶ Estas condiciones son establecidas en el artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

procedimiento a seguir a través del portal de compras públicas a los oferentes para que presenten sus ofertas. A la convocatoria se debe anexar el pliego de condiciones y el cronograma del proceso. En el procedimiento establecido para los contratos interadministrativos en la legislación ecuatoriana, la Resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante que identifica a la empresa o entidad pública debe ser publicada en el portal de compras públicas para que a continuación se envíe por este mismo medio la invitación a dicha entidad para que estudie el pliego de condiciones a fin de que en el término de tres días se reúna con la entidad contratante para realizar una Audiencia de preguntas y respuestas en relación a los pliegos, como paso previo a la elaboración y presentación de su oferta.

2.3.2.- Audiencia de preguntas y respuestas.- Esta etapa del proceso contractual de los contratos interadministrativos, permite que el oferente solicite a la entidad contratante aclaraciones sobre aspectos que no están claros en el pliego de condiciones o de ser necesario se realicen modificaciones en este para que la oferta que se presente cumpla con las expectativas de la entidad que va a contratar el bien, servicio u obra, y así cumpla con sus objetivos institucionales que se traduce en cumplimiento de los fines del Estado. En este momento del proceso precontractual es posible que la entidad pública también pueda realizar ajustes a los pliegos que permitan aclarar sus requerimientos ya que a partir del momento en que se cierra el proceso de preguntas y respuestas, ya no es posible realizar modificaciones o ajustes a los pliegos y la oferta deberá regirse únicamente a lo que éstos determinan, así como la entidad pública deberá calificarla sobre la base de lo que establecen los pliegos.

La legislación de contratación pública del Ecuador establece que, en el término comprendido entre la convocatoria y 24 horas antes de la presentación de las ofertas, la entidad contratante mediante resolución debidamente motivada puede cancelar el procedimiento, sin que esto genere ningún tipo de reparación al oferente invitado en los siguientes casos:

- “...1. De no persistir la necesidad, en cuyo caso se archivará el expediente;*
- 2. Cuando sea necesario introducir una reforma sustancial que cambie el objeto de la contratación; en cuyo caso se deberá convocar a un nuevo procedimiento; y,*
- 3. Por violación sustancial de un procedimiento precontractual.”²⁷*

Esto con el propósito de salvaguardar los intereses de la entidad pública ya que si la necesidad de contratación ha desaparecido ya no es preciso continuar con el proceso o cuando al revisar el pliego de condiciones la entidad ha determinado que el objeto debe ser reformado de manera sustancial para que los intereses institucionales no se vean afectados al momento de la presentación de la oferta y satisfagan de real forma los requerimientos de la Entidad Pública o si el procedimiento que ha llevado a cabo no es el que la norma determina, esto dejando a salvo la posibilidad de que el proceso se reinicie corrigiendo los posibles errores en los que haya incurrido la Administración.

2.3.3.- Presentación de la oferta.- El pliego de condiciones debe establecer la fecha máxima para la presentación de la oferta, la que tiene que ser proporcional a la complejidad del objeto del contrato, por tanto, la norma no

²⁷ Artículo 34 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

determina número mínimo ni máximo de plazo en el que se debe realizar la presentación de éstas, es la entidad pública la que lo establece, sin embargo este dato debe constar en forma clara en el pliego de condiciones, así como el lugar en que deberá hacerlo, en el caso del procedimiento aplicable para los contratos interadministrativos la oferta deberá ser presentada a través de portal de compras públicas, es decir en forma digital, esto de conformidad al artículo 99, numeral 5 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

*“... En la fecha y hora señaladas para el efecto, a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec, se procederá a la recepción de la oferta de la entidad o empresa invitada”.*²⁸

La oferta debe regirse en forma estricta a lo que se solicita en el pliego de condiciones, de ahí que la entidad pública que va a ofertar tiene la obligación de examinar cuidadosamente las bases para atenerse a ésta. Ciro Nolberto Güecha Medina, en su obra “Contratos Administrativos”, expresa que: *“a pesar que las ofertas se elaborarán de acuerdo con el pliego de condiciones, existe la posibilidad que los oferentes, presenten alternativas y excepciones técnicas o económicas, sin que las mismas impliquen condicionamientos para la adjudicación; puesto que se estarían favoreciendo con su propia propuesta y en dichas condiciones el principio de igualdad se vería vulnerado. Así, cuando el oferente hace la propuesta formula una declaración de voluntad condicionada por el pliego de condiciones, pero con alguna pequeña libertad en cuanto a propuestas alternativas, que de todas maneras, no pueden beneficiar al contratista ni separarse de manera sustancial del*

²⁸ Artículo 99, numeral 5 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

*pliego de condiciones, ya que lo estaría modificando; y recordemos que esta es la regla del contrato, establecida por la Administración unilateralmente”.*²⁹

De lo manifestado en el párrafo anterior se establece que el oferente está en la posibilidad de establecer mejores condiciones que las requeridas por la entidad contratante tanto en cuanto al aspecto técnico como económico, pero esto será bajo su absoluta responsabilidad y las mejoras que se planteen no pueden bajo ningún concepto ser un condicionamiento para que sea adjudicado, ya que será la entidad contratante la que valore la propuesta y el beneficio que puede obtener con ésta.

El oferente al presentar su propuesta debe cumplir con una serie de exigencias y requisitos no solamente en cuanto a los requerimientos técnicos de la entidad contratante sino que también en cuanto a su capacidad legal para contratar, el mismo caso se presenta con las entidades públicas que van a ser proveedoras del Estado ya que éstas deben haberse registrado en el Registro Único de Proveedores RUP, en el Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP, tal cual lo establece el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 10:

*“Art. 10.- Entidad contratante como proveedor.- Si una entidad contratante, a su vez, es proveedor de obras, bienes o servicios, se registrará en el RUP, cumpliendo todos los requisitos previstos para las personas jurídicas”.*³⁰

Es decir, la entidad pública que va a ser contratada deberá cumplir con todos requisitos formales que se refieren al cumplimiento de exigencias de

²⁹ Ciro Nolberto Güecha Medina, “Contratos Administrativos”, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2007, Pág. 223.

³⁰ Artículo 10 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

elaboración, documentación y presentación de la misma, que van a permitir que su propuesta sea calificada y evaluada para posteriormente ser adjudicada. Adicionalmente, el oferente deberá cumplir con las exigencias contenidas en el pliego de condiciones en cuanto al costo y calidad de bienes, servicios y obras que son necesarios para la ejecución del contrato.

La oferta una vez presentada debe ser mantenida por el oferente durante el período que se establezca en el pliego de condiciones o la ley, lo cual determina una diferencia entre el derecho administrativo y el privado, ya que en este último el oferente puede retirar su oferta en cualquier momento antes de ser aceptada.

2.3.4.- Negociación.- En este punto del procedimiento la entidad contratante se reúne con la entidad contratista a fin de poder definir el alcance de la oferta presentada por ésta y verificar que se han cumplido con todos los requerimientos de la entidad contratante.

Una vez que la entidad oferente ha presentado su oferta, como en todos los procedimientos la entidad contratante deberá analizarla y evaluarla con el propósito de confirmar el cumplimiento de todos los requisitos tanto documentales, técnicos y económicos por parte del oferente y con esta evaluación proceder a la adjudicación del contrato o declararlo desierto de ser el caso. Considero necesario aclarar que la adjudicación la realiza la máxima autoridad sobre la base de un informe que presenta la comisión técnica integrada con el propósito de llevar a cabo todo el procedimiento. Sin embargo, también por delegación puede realizarlo una autoridad de menor jerarquía.

Como ya se dijo existen dos posibilidades respecto al informe de evaluación cuando se han cumplido con todas las exigencias establecidas en el pliego de condiciones; la máxima autoridad puede decidir la adjudicación del contrato que *“es el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnable a través de los procedimientos establecidos en esta Ley.”*³¹

Es decir, con la adjudicación se establece el derecho del oferente para celebrar el contrato con la entidad contratante pero también le genera la obligación de presentarse a suscribirlo en el plazo y bajo las características que el pliego de condiciones establecen, este acto administrativo tal cual lo establece la Ley debe ser debidamente motivado por la máxima autoridad, esta motivación tendrá como base el recuento de todo el proceso precontractual y la persistencia de la necesidad institucional de la contratación, y debe ser publicado en el portal de compras públicas.

Por otro lado, si no se han cumplido con los requerimientos planteados en el pliego de condiciones, la entidad contratante puede declarar desierto el procedimiento, el artículo 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina las razones por las cuales puede darse esta declaratoria:

Art. 33.- Declaratoria de Procedimiento Desierto.- La máxima autoridad de la Entidad Contratante, siempre antes de resolver la adjudicación, declarará desierto el procedimiento de manera total o parcial, en los siguientes casos:

1. Por no haberse presentado oferta alguna;

³¹ Artículo 6, numeral 1 de Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública

- 2. Por haber sido inhabilitadas las ofertas presentadas por incumplimiento de las condiciones o requerimientos establecidos en los Pliegos;*
- 3. Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente; y,*
- 4. Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas.*

Una vez declarado desierto el procedimiento, la máxima autoridad podrá disponer su archivo o su reapertura. La declaratoria definitiva de desierto cancelará el proceso de contratación y por consiguiente se archivará el expediente.

La declaratoria de desierto o cancelación no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes.³²

Por tanto, la declaratoria de desierto procede únicamente cuando se han presentado los casos establecidos en la ley, igualmente se debe realizar a través de un acto administrativo debidamente motivado, sin embargo al declarar un procedimiento desierto existe la posibilidad de que la máxima autoridad o su delegado considere necesaria la contratación por lo que puede disponer la reapertura del proceso, pero si considerare que la contratación ya no es necesaria en los términos planteados puede disponer su archivo.

Una vez que se ha adjudicado se procede a la elaboración del respectivo contrato administrativo.

³² Artículo 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

CAPITULO III

EJECUCION DE LOS CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS

3.1.- Condiciones contractuales.- Una vez que se ha procedido con la adjudicación del contrato, que se constituye en el inicio de las obligaciones de las partes, es decir, es aquí donde empieza de la etapa contractual donde es necesario que se cumplan las obligaciones contraídas por las partes, que se reflejarán en la ejecución de la obras, bienes o servicios a que se obliga el contratista y a las contraprestaciones económicas que la Administración debe reconocer al contratista; esto es el resultado de la voluntad de las partes, y esta voluntad se ve reflejada en la suscripción del contrato correspondiente, tal como lo determina el artículo 69 de la LOSNCP:

Art. 69.- Suscripción de Contratos.- Los contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la Ley lo requieran se formalizarán en escritura pública dentro del término de quince (15) días desde la notificación de la adjudicación. Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a la base prevista para la licitación se protocolizarán ante Notario Público. Los gastos derivados del otorgamiento del contrato son de cuenta del contratista. Las contrataciones que se realicen por el sistema de catálogo se formalizarán con la orden de compra y el acta de entrega. Las contrataciones de menor cuantía se instrumentarán con la factura correspondiente, sin perjuicio de que se puedan elaborar documentos que contengan las obligaciones particulares que asuman las partes. Los demás contratos se otorgarán por documento suscrito entre las partes sin necesidad de escritura pública.³³

³³ Artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Por tanto, en el caso de los contratos interadministrativos es un requisito suscribir un contrato en el que se establezcan claramente las condiciones en las que debe cumplirse el objeto contractual siempre y cuando se cumpla con las condiciones que determina el artículo 69 de la LOSNCP, ya que es posible reconocer la prestación de un servicio, ejecución de una obra o adquisición de un bien, sin la necesidad de la suscripción de un contrato sino con la entrega de la factura correspondiente, esto cuando se trata de requerimientos que se pagan contra entrega del bien, servicio u obra y que no requieren de un plazo largo o condiciones especiales.

Como se ha explicado anteriormente, cuando se trata de un contrato interadministrativo la entidad del sector público debe tener la capacidad para suscribir este instrumento en calidad de contratista, aparte de que debe tener un representante legal, la norma ecuatoriana exige que se encuentre registrado en el RUP como proveedor del Estado. Consecuentemente, si la entidad pública quiere ser contratada para realizar una consultoría deberá también cumplir con los requisitos exigidos en la ley para este tipo de contratos.

Por otro lado, el artículo 73 de la LOSNCP establece que no se exigirán las garantías para los contratos celebrados entre entidades del sector público, es decir, la Ley determina como una exención para la celebración de los contratos interadministrativos, la presentación de las garantías tanto de fiel cumplimiento, buen uso del anticipo y técnica que se aplica para cierto tipo de bienes, que conforme la nueva legislación de contratación pública ecuatoriana, la deben presentar únicamente los adjudicatarios, ya que ha sido suprimida la obligación de presentar la garantía de seriedad de la oferta que la Ley anterior de contratación la establecía. La garantía de fiel cumplimiento responde de las

sanciones impuestas al contratista por razón del incumplimiento del contrato, de los daños y perjuicios que pueda ocasionar el contratista a la Administración como consecuencia de la ejecución del contrato, así como de los gastos originados a la misma como consecuencia de demoras en el cumplimiento de sus obligaciones. Sin embargo, la misma Ley también establece el monto a partir del cual se deben presentar este tipo de garantías aunque se trate de contratistas particulares, es el caso de los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Esta excepción de la no presentación de garantías en los contratos interadministrativos, se justifica ya que el Estado no puede garantizarse así mismo, sin embargo considero importante que las garantías técnicas que se presentan para cierto tipo de bienes deberían mantenerse también para el caso de los contratos interadministrativos, ya que se debe establecer la posibilidad de requerir a la entidad pública contratista que se reponga o repare los bienes que han resultado con defectos y no cumplen a satisfacción con las condiciones contractuales, ya que si bien el Estado no puede garantizarse así mismo tampoco considero que deba perjudicarse.

Esto nos hace pensar que el resto de condiciones que la norma establece como obligatorias para todos los contratos deben también incluirse en los contratos interadministrativos.

Una vez que se ha determinado la excepción en las condiciones contractuales de los contratos interadministrativos, es necesario analizar las condiciones obligatorias, a más de las de rigor que siempre deben incluirse en todo contrato, tomando como guía los artículos 70 y 71 de la LOSCNP:

“Art. 70.- Administración del Contrato.- Los contratos contendrán estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes ejercerán la supervisión o fiscalización. En el expediente se hará constar todo hecho relevante que se presente en la ejecución del contrato, de conformidad a lo que se determine en el Reglamento. Especialmente se referirán a los hechos, actuaciones y documentación relacionados con pagos; contratos complementarios; terminación del contrato; ejecución de garantías; aplicación de multas y sanciones; y, recepciones.

Art. 71.- Cláusulas Obligatorias.- En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días³⁴.

Todo contrato debe contener cláusulas como: los comparecientes, objeto, antecedentes, obligaciones de las partes, plazo, precio, forma de pago, documentos habilitantes, entre otras, que son las que determinan en forma clara y precisa el alcance y la forma en que deberá cumplirse el contrato para evitar posibles controversias entre las partes, de ahí la importancia de redactar este instrumento de forma clara y detallada y tomando en cuenta las particularidades y complejidad que conlleva cada contrato. La entidad pública contratista se encuentra en la misma condición que los particulares, al verse en la obligación de suscribir el contrato con las estipulaciones que la entidad contratante le imponen, considerando que el contrato administrativo es un contrato de adhesión.

³⁴ Artículos 70 y 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

3.2.- Supervisión y fiscalización de los contratos.- Más allá de las cláusulas de rigor; la norma de contratación pública establece que es necesario que en forma específica se establezca al administrador del contrato así como quienes realizarán las funciones de supervisión o fiscalización de éstos. La cláusula que establece la administración, supervisión y fiscalización del contrato y que debe estar expresada tanto en los contratos administrativos como en los interadministrativos tiene su *“fundamento en el principio de competencia que los órganos administrativos conservan como potestad irrenunciable en el ámbito propio de la ejecución del contrato para impulsar, ordenar, verificar y controlar su cumplimiento efectivo”*³⁵, considero que este es un derecho de la Administración Pública, que puede tener mayor o menor intensidad de acuerdo al objeto del contrato, y es obligación de la entidad contratante el velar por el correcto y cabal cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato lo que asegura la real satisfacción del interés público que es el fin último de las entidades estatales y la salvaguarda de los recursos económicos estatales. Al contratar las entidades del sector público están delegando el cumplimiento de sus fines en particulares o en otras entidades del sector público, por tanto es su obligación velar por el adecuado cumplimiento de los compromisos contractuales, ya que la Administración Pública no puede desentenderse en la forma en que los particulares colaboran con la función específica que le corresponde directamente cumplir a la Administración. Esta obligación si bien debe estar escrita en el contrato nace de la ley.

Existen varios aspectos que en el control deben tomarse en cuenta: el aspecto material, en el que se debe vigilar que el contratista ejecute en forma

³⁵ Juan Carlos Cassagne, “El contrato administrativo”, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Segunda Edición, Buenos Aires, 2005, Pág. 121.

debida las actividades que están a su cargo; el aspecto técnico, en el que se debe controlar que la ejecución se la realice de acuerdo a los requerimientos técnicos que ha establecido el contrato y pliegos de condiciones; el aspecto financiero, es decir verificar que los fondos entregados sean invertidos en el cumplimiento del objeto del contrato y no desviados con otra finalidad; y, finalmente el aspecto legal, en donde se debe controla el cumplimiento de ciertas condiciones jurídicas impuestas a los contratistas y de ser el caso que se ejerzan correctamente las delegaciones otorgadas. El administrador del contrato deberá llevar un expediente completo que dé cuenta del proceso de ejecución del contrato, en la mayoría de los casos se trata de un funcionario de la misma entidad pública, sin embargo cuando se trata de contratos de obra es posible la contratación de profesionales especializados que cumplan con esta función al no existir el suficiente personal o el personal calificado en la entidad. De ahí la gran responsabilidad que entraña el ser administrador, supervisor o fiscalizador de un contrato.

Como se estableció el nivel de complejidad varía de acuerdo al tipo de contrato, es así que al tratarse de un contrato de concesión este control es mucho más amplio ya que existen delegaciones otorgadas al contratista, su ejecución es a largo plazo, el monto es alto, entre otras características, y se reduce cuando se trata por ejemplo de un contrato de adquisición de bienes en el que el plazo de ejecución es menor y la obligación se cumple con la entrega de los bienes adquiridos en los términos establecidos en el contrato y a satisfacción de la entidad. El propósito de este acompañamiento de la administración en la ejecución del contrato no es sino el que se cumpla en los términos y plazos establecidos, de ser el caso tomar los correctivos necesarios

para una adecuada ejecución y en el peor escenario imponer las sanciones por incumplimientos, es por tanto, una de las funciones más importantes y delicadas dentro del proceso de ejecución de los contratos, pudiendo llegar el funcionario público encargado a tener responsabilidad administrativa, civil o penal, al realizar una negligente supervisión, tal cual lo determina el artículo 80 de la LOSNCP:

“Art. 80.- Responsable de la Administración del Contrato.- El supervisor y el fiscalizador del contrato son responsables de tomar todas las medidas necesarias para su adecuada ejecución, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos. Esta responsabilidad es administrativa, civil y penal según corresponda”³⁶.

Si en el proceso de supervisión de la ejecución del contrato, el administrador verifica que el contrato no va a ser posible ejecutarse en el plazo establecido, o es necesario modificar algún aspecto de las obligaciones contractuales sin que esto implique modificación del objeto contractual o que se debe complementar ya sea porque han existido causas imprevistas o técnicas debidamente motivadas, el administrador del contrato deberá inmediatamente notificar la necesidad de suscribir un contrato complementario en el que se establezcan las modificaciones requeridas, el mismo que se debe suscribir con el mismo contratista sin necesidad de concurso previo, inclusive se pueden crear nuevos rubros que permitan la adecuada y correcta ejecución del contrato, sin embargo la misma norma establece los límites a los posibles montos en que se pueden aplicar y solamente se puede suscribir contratos

³⁶ Artículo 80 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

complementarios cuando se tratan de contratos de obra y de servicios, no se admite la suscripción de este tipo de contratos en el caso de adquisición de bienes; esta posibilidad es igualmente aplicable a los contratos interadministrativos, asegurando así que se cumpla con el objeto del contrato en forma oportuna y respetando las condiciones contractuales; esta función también corresponde al administrador del contrato, de ahí que se ratifica la importancia del papel que cumple este funcionario.

Es necesario tomar en cuenta también que sobre la base de los informes del administrador del contrato en relación a la ejecución del contrato se realizan los pagos correspondientes, considero que el grado de exigibilidad de cumplimiento, en el caso de los contratos interadministrativos, al tratarse de dos entidades públicas, debería ser mucho más estricto y la entidad pública contratista debería demostrar que puede cumplir de igual o mejor forma que un particular, sin embargo esto no suele suceder, existe un cierto grado de flexibilidad al tratarse de una entidad pública contratista, sin considerar que lo que se está perjudicando es el cumplimiento del interés público, más aún cuando no es posible ejecutar las garantías que en el caso de contratos con particulares se puede realizar o el perjuicio que se le puede causar al declararlo contratista incumplido imposibilitándole de contratar con el Estado por el período de cinco años.

La imposición de multas es un aspecto interesante de analizar dentro de los contratos interadministrativos, el monto que se debe imponer en razón de multas conforme lo determina la norma es sobre el valor total de contrato:

“Art. 71.- ... Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso”³⁷.

Ratificado en el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

“Art. 116.-... Para la determinación de multas que se podrían imponer al contratista se considerará el valor total del contrato incluyendo el reajuste de precios que corresponda y sin considerar los impuestos”³⁸.

Las multas son aquellos montos o porcentajes que la Administración establece para sancionar el incumplimiento de ciertos requerimientos del objeto contractual o para sancionar algunos defectos ya previsibles de la ejecución del contrato, pues la Administración ha tomado en consideración los daños y perjuicios que eventualmente éstos le causen y ha tipificado esos eventuales defectos de la ejecución contractual. El Tribunal Contencioso Administrativo de Costa Rica, en relación de las multas en los contratos administrativos se pronuncia de la siguiente manera: *“La multa prevista en un contrato administrativo, se traduce en una posible sanción que busca garantizar a la Administración que el contratista, cumpla con el contrato en los términos que han sido convenidos, prefijando en sede administrativa una proyección de la reparabilidad económica por los daños y perjuicios que la ejecución defectuosa del contrato pueda causarle”³⁹.*

³⁷ Inciso Segundo del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

³⁸ Inciso Segundo del artículo 116 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

³⁹ Sentencia: 02327 Expediente: 09-000137-1027-CA Fecha: 22/10/2009 Hora: 9:05:00 AM Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI, Costa Rica

Las multas que se deben establecer en forma expresa en el contrato tanto administrativo como interadministrativo se constituyen entonces en una garantía para la entidad contratante en el supuesto de que el contratista no cumpla sus obligaciones en la forma establecida en el contrato, sin embargo para poder imponer esta sanción pecuniaria a los contratistas es necesario seguir un procedimiento que permita al contratista poder cumplir sus obligaciones, ya que en caso de existir un incumplimiento se deberá notificar al contratista sobre este particular a fin de que lo cumpla o justifique su tardanza, de no ser así se deberá imponer un porcentaje al valor total del contrato por cada día de retraso y en caso de que éste supere el 5% del valor total del contrato, la entidad contratante deberá declarar terminado unilateralmente el contrato, de ahí que como se dijo anteriormente la necesidad de un control y supervisión adecuado del contrato por parte del servidor público designado como administrador del contrato. Considerando que la imposición de esta sanción puede también ser impugnada por parte del contratista ya sea por vía administrativa, judicial o arbitral. Al tratarse de un contrato interadministrativo y al imponerse una multa, ésta está en detrimento del pago que se realizará como retribución por las prestaciones, por tanto al interior de la entidad pública contratista se deberá sancionar al servidor público que con su negligencia provocó que se impusiera esta sanción y por tanto, perjudica a la institución ya que no se produjo una reducción en las ganancias como ocurre con los particulares, sino que la reducción se produjo al costo real perjudicando al presupuesto de la entidad adicionalmente esto puede conllevar a la terminación unilateral del contrato por parte de la entidad contratante. Considero como necesario que se impongan las sanciones correspondientes a los servidores

públicos que ocasionan este perjuicio a la entidad tal cual lo establece la Ley Orgánica del Servicio Público:

“Art. 42.- De las faltas disciplinarias.- Se considera faltas disciplinarias aquellas acciones u omisiones de las servidoras o servidores públicos que contravengan las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente en la República y esta ley, en lo atinente a derechos y prohibiciones constitucionales o legales. Serán sancionadas por la autoridad nominadora o su delegado...”

... b.- Faltas graves.- Son aquellas acciones u omisiones que contraríen de manera grave el ordenamiento jurídico o alteraren gravemente el orden institucional. La sanción de estas faltas está encaminada a preservar la probidad, competencia, lealtad, honestidad y moralidad de los actos realizados por las servidoras y servidores públicos y se encuentran previstas en el artículo 48 de esta ley”⁴⁰

Lo que incluso puede llevar a la determinación de responsabilidades:

“Art. 40.- Responsabilidad por acción u omisión.- Las autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, actuarán con la diligencia y empeño que emplean generalmente en la administración de sus propios negocios y actividades, caso contrario responderán, por sus acciones u omisiones, de conformidad con lo previsto en esta ley”.⁴¹

No solamente se ocasiona perjuicio a la entidad pública contratista sino que también a la entidad pública que la contrató ya que en el caso de que se

⁴⁰ Artículo 42 de la Ley Orgánica del Servicio Público

⁴¹ Artículo 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

hubiera declarado la terminación unilateral y anticipada del contrato, se deberá iniciar un nuevo proceso con el fin de cumplir con el objeto del contrato y satisfacer el interés público.

CAPITULO IV

EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES NACIDAS DE LOS CONTRATOS

INTERADMINISTRATIVOS

Las obligaciones generadas de los contratos interadministrativos pueden terminar por varias causas:

Miguel Marienhoff, realiza una diferenciación en las razones por las que pueden terminar los contratos: por “*cesación de sus efectos*”⁴², que de acuerdo a la consideración que realiza este tratadista es la forma normal de terminar un contrato, por la realización de acciones o actos previstos, como son el cumplimiento del objeto contractual y del plazo establecido y por “*extinción*”⁴³ en el que el contrato no se cumple en su totalidad y hay una interrupción en la ejecución.

El artículo 92 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece las formas en que un contrato puede terminar:

- a) Por cumplimiento de las obligaciones;
- b) Por mutuo acuerdo de las partes;
- c) Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista; (este literal se analizará oportunamente en relación a la pertinencia que tiene en lo que se refiere a los contratos interadministrativos);
- d) Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista; y,
- e) Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los

⁴² Miguel Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo III-A, 4ta. Edición, 1998, pág. 557

⁴³ Ibidem

órganos competentes de tal persona jurídica (este caso igualmente como se manifestó en el literal c))

Al respecto es necesario que se realice una diferenciación entre estas dos formas de extinción ya que se pueden suscribir contratos en los que prevalece el cumplimiento del objeto contractual sobre el plazo establecido y otros en los que la administración pública busca cumplir el objeto de forma reiterada durante un período de tiempo fijo, como son los contratos de tracto sucesivo, en los que prima el tiempo de prestación del servicios, suministro de bienes sobre el objeto, el mismo que debe ejecutarse en forma reiterada.

4.1.- Cumplimiento del objeto contractual.- Cuando la administración pública suscribe un contrato ya sea administrativo o interadministrativo lo que busca es la consecución de un objetivo institucional encaminado a cumplir los fines estatales, cuando éste se ha cumplido en la forma y plazos estipulados, esto es que la razón por la que se realizó el contrato se ha ejecutado, por ejemplo si se contrata la construcción de un puente y el contratista lo realiza conforme lo establecido contractualmente, se cumple el objeto contractual, sin embargo de esto en la legislación ecuatoriana para que se configure realmente el cumplimiento del objeto debe existir un documento que de forma expresa establezca que efectivamente la contratante ha recibido ya sea los bienes, el servicio o la obra que se ha contratado, con lo que se acaba la obligación del contratista y la contratante deberá cancelar el monto adeudado. El Reglamento a la LOSNCP establece que se debe suscribir un acta de entrega recepción definitiva que dé cuenta de los antecedentes, condiciones generales de ejecución, condiciones operativas, liquidación económica, liquidación de plazos, constancia de la recepción, cumplimiento de las obligaciones

contractuales, reajustes de precios pagados, de ser el caso, o pendientes de pago y cualquier otra circunstancia que se estime necesaria. Con la suscripción de este documento en el que se consignarán estos datos y una vez que la entidad contratante cancele los valores adeudados, se dará por finalizada la relación contractual generada en el contrato. Esto no obstante, la responsabilidad técnica que los contratistas mantienen sobre su obra, el servicio o bien entregado. Esta forma de extinción de las obligaciones contractuales opera de la misma manera tanto en los contratos administrativos como en los interadministrativos.

4.2.- Cumplimiento del plazo.- Como se dijo anteriormente, la obligación nacida del contrato se extingue por la finalización del plazo estipulado en forma contractual, es decir si se ha pactado que el contrato dure un año con la prestación de un servicio o suministro de bienes en forma regular, una vez transcurrido este período de tiempo se extinguen las obligaciones y se dará por finalizado el contrato, generalmente este es el caso de los contratos de tracto sucesivo, en los que se satisface una necesidad duradera de una o de ambas partes durante un período de tiempo que se fija en el contrato.

A diferencia de la forma de extinción de la obligación contractual con el cumplimiento del objeto que puede realizarse no necesariamente en el plazo establecido en el contrato, en este caso es indispensable que haya transcurrido el plazo convenido, para que se verifique la terminación del contrato.

De esta forma los contratos terminan sin que existan conflictos entre las partes y las dos alcanzan sus objetivos, por un lado el contratista el reconocimiento económico por la prestación del servicio, ejecución de la obra o el suministro de los bienes y el contratante la prestación del servicio, ejecución

de la obra o el suministro de los bienes de la manera en la que esperaba recibir.

Ahora bien, estas son las formas en las que se extinguen las obligaciones contractuales de una forma “normal” y que es la manera ideal de finalizar los contratos, sin embargo existen otras formas en las que los contratos terminan antes de que se ejecuten en su totalidad o que transcurra el plazo determinado contractualmente y cortan la cumplimiento normal del contrato y se deben a muchas y variadas razones las mismas que se van analizar a continuación:

4.3.- Mutuo Acuerdo de las partes.- Es una forma de terminación del contrato en el que no existe controversias o de la que no van a surgir conflictos posteriores y más bien existe un deseo común de darlo por terminado, sin que llegue a ejecutarse el contrato completamente, por lo que es una forma pacífica de extinguir las obligaciones generadas en los contratos, la LOSNCP establece sin embargo algunas limitaciones a esta forma de terminación:

“Cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren”⁴⁴.

Ahora bien, las circunstancias imprevistas, son aquellos hechos que no se pueden prever al momento de la suscripción del contrato y que surgen de manera inesperada durante su ejecución, también pueden surgir circunstancias

⁴⁴ Artículo 93 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

técnicas o económicas que no permiten o por las que no es conveniente continuar ejecutando el contrato, se trata pues de hechos que alteran la normal ejecución contractual.

Por otro lado, el Código Civil en su artículo 30, define lo que es la fuerza mayor o caso fortuito como el imprevisto al que no es posible resistir, como un naufragio, terremoto, etc., es decir se trata de hechos que no pudieron ser previstos o que habiéndolo sabido era imposible evitar, conforme el Código Civil se entendería que tanto la fuerza mayor como el caso fortuito significan lo mismo pero la doctrina establece una clara diferenciación entre la una y la otra: por un lado se establece que caso fortuito son los hechos de la naturaleza que alteran el curso normal de la naturaleza, y que son ajenos a la voluntad de las partes y por otro lado, la fuerza mayor es un hecho del hombre como la guerra, el hecho del príncipe o actos de la autoridad. No son las circunstancias imprevistas casos de fuerza mayor o caso fortuito, no creo necesaria la reiteración.

Es cuando ocurre esto que tanto el contratista como contratante pueden convenir en la terminación por mutuo acuerdo el contrato, pero es posible únicamente, conforme lo expresa la misma norma, la terminación parcial, es decir, convenir en terminar la parte que no es posible ejecutar, sin embargo que tan conveniente es mantener un contrato para que se cumpla parcialmente si se trata de una obra por ejemplo o de la prestación de un servicio en el que se requiere la ejecución total o tratándose de un contrato de consultoría, los productos que se presentan están interrelacionados, el análisis de la conveniencia debe realizarse en forma integral del objeto del contrato antes de convenir en una terminación parcial del contrato.

Adicionalmente, la norma establece una excepción en la terminación de mutuo acuerdo cuando se trata de los contratos integrales de precio fijo, al decir que en este caso se aceptará esta forma de terminación únicamente cuando exista fuerza mayor o caso fortuito aducidas por el contratista y aceptadas por la entidad contratante, más no cuando existan circunstancias imprevistas, técnicas o económicas.

También la norma establece que en el caso de los contratos de consultoría cuando se haya terminado el contrato de esta forma no se podrá contratar al consultor para el mismo objeto.

Por tanto, en los contratos interadministrativos cualquiera sea su clase cabe esta forma de terminación de contrato en la que las partes la acordarán cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas y caso fortuito y fuerza mayor, en la que la entidad contratante deberá analizar y verificar la existencia de las causas que obligan a la terminación del contrato por esta vía, ahora bien, hay que considerar que el perjuicio es directo para la entidad contratante, ya que salvo que por razones de oportunidad, esto es ya no se requiere la obra, servicio o bien, se haya terminado el contrato, persiste la necesidad del bien, obra o servicio y por tanto deberá iniciarse un nuevo proceso a fin de cumplir con el objeto contractual, lo que implica tiempo de retraso en la consecución de los fines institucionales, lo que significa para la entidad contratante un perjuicio.

Sin embargo de la terminación del contrato quedan a salvo los derechos de las partes, en lo que respecta a la parte ejecutada del contrato por el contratista y la que debe ser reconocida por la entidad contratante pagando los montos adeudados.

Es importante también señalar que la terminación de mutuo acuerdo acarrea para el contratista la imposibilidad de poder volver a contratar con la contratante por el mismo objeto, esto como una manera de precautelar los intereses de la entidad la que se vio perjudicada al tener que interrumpir la ejecución del contrato.

4.4.- Terminación Unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista.- Esta forma de terminación de los contratos es aplicable cuando existe un incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones contractuales

- a. **Por incumplimiento del contratista.-** es decir, el contratista no ha cumplido con las obligaciones contractuales dentro de los plazos y en la forma que se ha establecido en el contrato, hay que recordar que este incumplimiento debe referirse a situaciones como: negligencia del contratista, falta de calidad en los productos entregados o la prestación de un servicio que no cumple con las expectativas de la entidad contratante; más no por causas que pudieran ser imputables a la entidad contratante y tiene el procedimiento establecido en el RLOSNCP.
- b. **Por quiebra o insolvencia del contratista.-** La quiebra es el juicio por medio del cual se incapacita patrimonialmente a una persona por su situación de insolvencia y se procede a ejecutar todos sus bienes en favor de la totalidad de sus acreedores, este es un proceso judicial que conforme lo establece el Código de Procedimiento Civil se inicia en contra de los comerciantes matriculados, es decir, de los ejercen actividades de comercio, con el fin de declarar la insolvencia

del deudor y proceder al pago a los acreedores con el remate de la totalidad de los bienes del deudor, en este caso procede la terminación unilateral del contrato, tanto si se ha contratado con una persona natural o jurídica. Ahora bien, en el caso de los contratos interadministrativos no cabe analizar a profundidad esta forma de terminación unilateral de los contratos ya que se estaría hablando de una quiebra e insolvencia del Estado, la cual recaería tanto sobre el contratista como sobre el contratante, en todo caso si se tratará de una empresa pública en la que sus manejos financieros no fueron los adecuados, seguramente el Estado lo auxiliaría con la inyección de capital estatal para que cumpla con sus obligaciones o puede decidir la fusión o absorción, por lo que no dejaría de cumplir con sus obligaciones contractuales.

- c. **Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento.-** La garantía de fiel cumplimiento sirve para garantizar no solamente el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista ante la entidad contratante, sino también las obligaciones que el contratista pudiera contraer ante terceros y que tengan relación directa con el contrato, esta es igual al 5% (cinco por ciento) del valor total del contrato, se la debe entregar previa o al momento de la suscripción de este instrumento legal.

En este punto hay que tomar en cuenta las siguientes situaciones, la misma LOSNCP, establece como excepción para los contratos suscritos entre entidades del sector público la presentación de garantías sea cual fuere su monto:

“No se exigirán las garantías establecidas por la presente Ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 de esta Ley”⁴⁵.

Por lo tanto, al estar exentas de la presentación de garantías las entidades públicas que actúan como contratistas del Estado surge la pregunta de cómo se pueden cobrar estas multas, sin embargo hay que considerar que si existen pagos pendientes de estos montos se deberá descontar el monto de las multas, como se dijo en líneas anteriores con la consecuente sanción al funcionario público negligente en la ejecución del contrato, aplicándose el derecho de repetición.

Ahora, en el caso de los contratos interadministrativos, si bien es cierto no se ha presentado garantía de fiel cumplimiento, la norma no hace referencia a este documento, sino a que para que se dé por terminado de forma unilateral y anticipada el contrato lo que se debe verificar es que el monto de las multas es igual al cinco por ciento del valor total de contrato.⁴⁶

- d. **Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de (60) días, sin que medie causas de fuerza mayor o caso fortuito.-** Lo cual hace pensar que efectivamente el contratista puede decidir la suspensión de los trabajos hasta 60 días, sin justificación alguna, pero hay que recordar que en los contratos se establecen plazos de ejecución, más aún si se trata de consultoría por ejemplo, se debe entregar según un cronograma ya establecido con

⁴⁵ Inciso séptimo del artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el numeral 8 del artículo 2, dentro de los procesos de régimen especial se refiere a los contratos suscritos entre entidades del sector público.

⁴⁶ Que es el monto por el que se debe entregar la garantía de fiel cumplimiento conforme la Ley.

anterioridad y en ocasiones de común acuerdo con el contratista, si los trabajos se suspenden sin que medie una justificación de caso fortuito o fuerza mayor, se debe aplicar multas por cada día de retraso en el cumplimiento de la obligación y puede ser que durante este período de llegue al cinco por ciento del valor del contrato que es el monto que se requiere para dar por terminado el contrato. La suspensión a la que se hace referencia se puede aplicar en contratos de largo plazo ya que siendo contratos de cortos períodos esta suspensión va a incidir directamente en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, adicionalmente, considero que la suspensión de los trabajos acarrea la necesidad de extender el plazo contractual por el tiempo suspendido ya que como se dijo antes esto repercute en el normal desarrollo del contrato. Considero que ningún contratista pondría en peligro la ejecución del contrato con el Estado por su única y unilateral decisión sin tener una justificación que respalde este hecho.

- e. **Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de la ley.-** En estos casos no procede la indemnización de daños y perjuicios al contratista y solamente se realizará la liquidación que corresponda para proceder con el pago, es importante señalar que para este caso si se causa un perjuicio al Estado serán responsables tanto el contratista como el funcionario que tramitó y celebró dicho contrato sin perjuicio de las determinaciones de responsabilidades tanto administrativas como penales a que hubiere lugar.⁴⁷ Los

⁴⁷ Artículo 64 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

artículos 62 y 63 de la LOSNCP, establecen las inhabilidades tanto generales como especiales para la celebración de contratos con el Estado.

Considero que en los contratos interadministrativos esta forma de terminación unilateral y anticipada del contrato no aplica ya que se trata de entidades del mismo sector público las que van a contratar con otra entidad pública.

- f. **En los casos estipulados en el contrato, de acuerdo a su naturaleza.-** Esta causal procede cuando se ha establecido por ejemplo una condición resolutoria y ésta no se cumple o con pacto comisorio expreso, sin embargo en este caso no se podría tampoco sancionar al contratista, es absolutamente aplicable en los contratos interadministrativos. Un ejemplo que se puede establecer para este caso es el señalado en artículo 137 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que si bien establece que el procedimiento precontractual no será el establecido en la LOSNCP, se debe regir por las demás normas allí establecidas, ya que si no se concreta el endeudamiento se puede dar por terminado unilateral y de forma anticipada el contrato suscrito:

“Art. 137.- Contratos que contribuyan a concretar operaciones de endeudamiento público interno o externo.- En el caso de que para la negociación, instrumentación, perfeccionamiento de operaciones de endeudamiento público, colocación o recompra de títulos emitidos por el Estado, o la novación de deuda, se requiriera en forma previa o concurrente de la celebración de contratos que sin ser de deuda

*pública, fueren indispensables para coadyuvar a los señalados propósitos, tales contrataciones, estarán exceptuados del trámite previsto por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; no obstante el ente rector de las finanzas públicas, deberá expedir para el efecto, los procedimientos que normen aquellas contrataciones, entre ellos, la selección, calificación y adjudicación*⁴⁸.

- g. **Cuando por circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato.-** Estas condiciones hacen imposible la ejecución total del contrato en la forma en que se ha establecido por lo que es necesario terminarlo, sin embargo, al no querer el contratista darlo por terminado por mutuo acuerdo lo podrá hacer la entidad contratante de forma unilateral y anticipada, pero esta forma de terminación por estas circunstancias no llevan a sanción al contratista, es decir, no se ejecuta la garantía de fiel cumplimiento ni tampoco se le declara contratista incumplido, es más bien una acción encaminada a la protección y salvaguarda de los intereses tanto institucionales como del contratista, ya que el contrato se vuelve de difícil ejecución en la forma que estaba determinada en el contrato, aunque también puede ser utilizado como una forma de poder volver a contratar con la entidad por el mismo objeto. Esta causal es posible aplicarla cuando hablamos de los contratos interadministrativos puede darse el caso de que la máxima autoridad de la entidad

⁴⁸ Artículo 137 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas

contratista considere que es posible aún ejecutar el contrato y se mantenga firme en hacerlo; cuando las circunstancias imprevistas o técnicas o económicas o de fuerza mayor o caso fortuito han determinado claramente que este contrato no se puede ejecutar; considero que es mejor terminar la relación contractual de forma amigable y con el acuerdo mutuo de las partes antes que se inicie un proceso de este tipo para terminarlo.

Para proceder a la terminación unilateral y anticipada del contrato es necesario realizar un proceso previo que la misma LOSNCP establece en el que el contratista tiene la oportunidad de cumplir el contrato o plantear las razones por las que no lo puede realizar, esto antes de que con la culminación del proceso se le declare como contratista incumplido y se proceda a inhabilitarlo para contratar con el Estado, en estas circunstancias la decisión de la Administración puede ser impugnada tanto en vía administrativa como judicial sin que hasta la decisión final no se suspenda las consecuencias del acto. Con los contratos interadministrativos considero que ante el incumplimiento del contratista es posible declarar contratista incumplido a la entidad, sin embargo hay que tomar en cuenta que la sanción de no poder contratar con el Estado por un período de cinco años, no afecta a la entidad ya que su objetivo institucional no es en esencia ser contratista o proveedor del Estado, sin embargo considero que de darse este tipo de sanción a una entidad se debe sancionar al funcionario o servidor público que actuó con negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones.

4.5.- Terminación unilateral por causas imputables a la entidad contratante.- El artículo 96 de la LOSNCP, establece las causas por las que el

contratista puede demandar la resolución del contrato, esto es iniciar un proceso judicial para que por sentencia el juez declare la terminación unilateral y anticipada del contrato suscrito, ya que como dice Miguel Marienhoff: *“contrariamente a lo que ocurre con la Administración Pública, el cocontratante en caso alguno puede declarar y hacer valer la rescisión, por sí ante sí: debe pedir su declaración al órgano judicial competente. Esto es así porque mientras el respectivo acto de la Administración Pública es ejecutorio y tiene ejecutoriedad propia, la decisión del cocontratante carece de esa característica”*⁴⁹, sin embargo considero que con los contratos interadministrativos el tratamiento es diferente y las posibles controversias que surjan en la ejecución del contrato podrán ser resueltas sin que sea necesario llegar a demandar la resolución ya que los representantes legales que comparecen a la celebración de este tipo de contrato son funcionarios o servidores públicos y deben precautelar los intereses del Estado, con soluciones efectivas y oportunas.

4.6.- Sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista.- En estos dos casos la decisión trasciende el ámbito administrativo y pasa a un tercero imparcial y ajeno a la Administración quien decide su terminación.

En el primer caso se trata de la vía judicial y contenciosa y en el segundo caso se trata de un método alternativo de solución de conflictos que es el arbitraje que culmina con un laudo dictado por un Tribunal Arbitral que tiene los mismos efectos que la sentencia dictada por el juez.

⁴⁹ Miguel Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo III-A, 4ta. Edición, 1998, pág. 588

Tanto la sentencia como el laudo deben ser ejecutoriados, es decir, surtir efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho.

Esta causal debió haberse separado en dos ya que un tratamiento diferente al de resolución merece la nulidad ya que los efectos son diferentes, la misma que conforme lo establece la LOSCNP, debe ser solicitada por la Procuraduría General del Estado y las causas por las que puede ser declarado son:

- a. *“Por causas generales establecidas en la ley;*
- b. *Por haberse prescindido de los procedimientos y solemnidades legalmente establecidas, y;*
- c. *Por haber sido adjudicados y celebrados por órgano manifiestamente incompetente⁵⁰”*

En el primer caso esta disposición nos remite al Código Civil norma en el que se establece que es nulo todo acto o contrato al que le falte alguno de los requisitos que la ley prescriba para su validez, cuando hay objeto o causa ilícita o los contratos celebrados por personas absolutamente incapaces, hay que considerar además que la nulidad determinada en sentencia tiene fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no se hubiese celebrado el contrato, hay que tomar en cuenta que para el caso de los contratos públicos y para los interadministrativos la demanda de nulidad la debe plantear la Procuraduría General del Estado ya sea de oficio o a petición de parte.

Para celebrar todo contrato es necesario que se cumpla con los procedimientos y solemnidades que determinen las normas, para los contratos

⁵⁰ Artículo 65 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

tanto administrativos e interadministrativos se debe configurar la voluntad de la administración siguiendo una serie de pasos que la LOSNCP prescribe.

Es posible que la entidad pública contratista al determinar que existen o se cumplen algunas de las causales de nulidad del contrato solicite a la Procuraduría General del Estado inicie el proceso judicial para que se declare al contrato suscrito con la otra entidad pública nulo.

Por otro lado, la resolución del contrato debe ser declarada por el juez y las causas ya fueron analizadas anteriormente, y estas hacen referencia a incumplimiento por parte de la entidad contratante.

4.7.- Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica.- En los procesos de contratación el objetivo es conseguir al mejor oferente con el mejor costo, es por esto que los contratos que celebra la administración con sus contrapartes son “*intuitu personae*”⁵¹, ya que luego de un análisis de su capacidad técnica, financiera, experiencia comprobada y que presenta la mejor oferta económica, decide que es mejor contratar a determinado oferente, por lo que se explica que cuando se celebran contratos con una persona natural y ésta muere se termina el contrato, sin la posibilidad de que terceras personas puedan concluirlo.

En el caso de personas jurídicas el caso es similar se ha seleccionado al mejor oferente tanto en lo que concierne a su experiencia, capacidad técnica y financiera y al momento que se disuelve se debe terminar el contrato.

⁵¹ Por razón de la persona o en consideración a ella. Se refiere a las disposiciones o actitudes que se adoptan sin atenerse estrictamente a derecho o a razón, sino al respeto que alguien merece, Diccionario Jurídico Cabanellas.

En lo que tiene relación con los contratos interadministrativos, por ser el contratista siempre una persona jurídica no cabe el análisis del caso de la muerte del contratista, ahora bien al respecto de esto la Ley de Modernización establece lo siguiente:

“Art. 42.- PROCEDIMIENTOS.- Los procesos de desmonopolización, privatización, y delegación previstos en esta ley se realizarán mediante los siguientes procedimientos:

- a) La reestructuración administrativa y reforma financiera de aquellas entidades e instituciones de derecho público que deban permanecer como parte del Estado, incluyendo la reforma de sus directorios, cambio de su adscripción, nombre y ejercicio de competencias; y,*
- b) La delegación total o parcial, o la transferencia definitiva al sector privado, de la gestión que desarrollan”.⁵²*

Para a continuación establecer las diferentes modalidades a través de las cuales se puede dar lugar estos procesos:

“Aporte total o parcial al capital de sociedades por acciones;
Arrendamiento mercantil;
Concesión de uso, de servicio público o de obra pública, licencia, permiso u otras figuras jurídicas reconocidas por el derecho administrativo;
Venta;
Transformación, fusión, escisión y liquidación de empresas estatales o mixtas;
y,

⁵² Artículo 42 de la Ley de Modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada

*Cualquier otra modalidad que mediante Decreto determine el Ejecutivo y que este amparada por la Ley ecuatoriana*⁵³.

Cuando se produce la transformación, escisión, fusión o liquidación de la entidad estatal, se establece que entidad del Estado asume las competencias, funciones, atribuciones, representaciones, delegaciones, derechos y obligaciones, atribuidas mediante ley, reglamentos, convenios, contratos u otros instrumentos normativos de la entidad fusionada, transformada, fusionada o liquidada. Por tanto, el contrato suscrito entre entidades públicas siempre tendrán un respaldo en el cumplimiento de las obligaciones cuando se decida desaparecer a la entidad contratista, solamente quedaría para el análisis de la entidad contratante en el caso de liquidación, extinción o supresión de la misma.

4.8.- Solución de conflictos generados en los contratos interadministrativos.- Es necesario aclarar en este punto que las relaciones interadministrativas se constituye en una actividad externa de la Administración, esto es en razón de que se trata de relaciones que nacen de personas jurídicas estatales diferentes. Sin embargo, como lo expresa Miguel Marienhoff: *“Este principio ofrece excepciones que, en términos generales, consisten en la no aplicación de todas aquellas soluciones exigidas por el principio de subordinación en que estarían colocados los administrados o particulares al contratar con la Administración pública pues aquí están frente a frente entidades pública*⁵⁴ es así que se marca una diferencia con las relaciones que los administrados pueden tener con la Administración Pública, en las que existe la subordinación

⁵³ Artículo 43, ibídem.

⁵⁴ Miguel Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo I, 4ta. Edición, 1998, pág. 132

y aceptación de todos las prerrogativas estatales, considerando que los contratos administrativos, se constituyen en un contrato de adhesión. En relación a las controversias surgidas en los contratos interadministrativos, Miguel Marienhoff expresa lo siguiente: *“Otra ocurre en el campo de las relaciones interadministrativas, donde los órganos intervinientes hállanse dotados de personalidad. En este orden de actividades la jurisdicción contenciosa será la que establezca el ordenamiento jurídico vigente el respectivo lugar⁵⁵⁵⁶”*. Para más adelante manifestar que: *“El recto criterio rechaza la posibilidad de un pleito entre dos entes públicos nacionales, y con mayor razón entre la Nación y uno de sus entes autárquicos, pues esto último, en definitiva, equivale a litigar consigo mismo⁵⁷”*; coincido con las expresiones de Miguel Marienhoff, si surgen controversias en los contratos interadministrativos, que no pueden ser resueltas de forma amigable lo lógico sería que éstas sean ventiladas por la vía contenciosa administrativa, sin embargo al ser las dos entidades públicas parte del Estado se estaría litigando contra sí mismo, por lo que considero que los puntos de divergencia que no pudieron ser resueltos de manera amigable deberían someterse a la Mediación, a través del Centro de Mediación de la Procuraduría del Estado o al Arbitraje a través de alguna de las Cámaras de Comercio que brindan este servicio. Si bien, puede considerarse que la visión más imparcial la tendrían las Cámaras de Comercio con el Arbitraje, ya que la Mediación sería llevada por otra entidad pública, la Procuraduría General del Estado.

⁵⁵ Miguel Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo I, 4ta. Edición, 1998, pág. 140.

⁵⁶ Es necesario aclarar que Miguel Marienhoff, al decir “será la que establezca el ordenamiento jurídico vigente en el respectivo lugar” desarrolla todo este tema basado en los procedimientos jurídicos establecidos en la Argentina, que es un país cuya organización política se fundamenta en la forma representativa, republicana, federal de gobierno, en la que cada provincia dicta su propia constitución que debe asegurar la administración de justicia

⁵⁷ Ibídem, pág. 140

Esto considero ahorra a las dos entidades públicas el mover todo el andamiaje institucional y jurídico para litigar contra sí misma.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Los convenios interadministrativos son aquellos en el que las partes son personas jurídicas estatales y que pueden generar relaciones interadministrativas, las que llegan a un acuerdo y tienen por objeto el cooperar, colaborar o coordinar la realización de una función administrativa encaminada a satisfacer una necesidad de interés general, y tienen como característica importante el hecho de que el objeto que se plantea no puede ser obtenido a través de un contrato administrativo; por tanto su incumplimiento debe conllevar a sanciones al igual que si se tratara de un contrato. Sin embargo, hay que establecer que nuestra legislación no ha regulado el alcance, casuística y características de estos instrumentos legales lo que ha provocado que en muchas ocasiones sea utilizado como un medio de eludir los procedimientos contractuales.
2. La LOSNCP ha establecido un procedimiento diferente a los procedimientos de general aplicación, para el caso de los contratos entre entidades del sector público, por tanto al requerirse una contratación ya sea de prestación de servicios, ejecución de obra o provisión de bienes que la pueden proveer estas entidades, se debe respetar lo establecido en la normativa vigente sin que se omita el procedimiento determinado, ya que es obligación de los servidores públicos cumplir con lo que la ley prescribe, sucede que en muchos casos se suele confundir la contratación directa como elegir al proveedor y contratarlo inmediatamente sin que medie un procedimiento previo que es el que configura la voluntad de la Administración.

3. En los contratos administrativos, la Administración Pública está en una posición de superioridad frente a los contratistas que para este caso son los particulares, lo que se denominan las cláusulas exorbitantes a las que debe regirse sin condicionamientos el contratista, por lo que considero que en lo que se refiere a los contratos interadministrativos, si bien se los suscribe entre dos personas jurídicas estatales, las prerrogativas que tiene la administración deben mantenerse, ya que es obligación del contratista (aunque persona jurídica estatal) cumplir a cabalidad y en forma oportuna las obligaciones nacidas del contrato, de igual manera o mejor a que si se tratara de un contratista privado.
4. La subcontratación en los contratos interadministrativos no debería aplicarse ya que generalmente se subcontrata a un tercero particular que pudo haber sido contratado directamente por la contratante a través de los procedimientos de general aplicación, considero que se estaría desvirtuando la esencia de estos contratos en los que se busca que sea la persona jurídica estatal la que ejecute el objeto contractual.
5. Del análisis de la formas de terminación de los contratos administrativos, se puede establecer que no todas éstas son aplicables en el caso de los contratos interadministrativos, a saber: por quiebra o insolvencia del contratista, ya que en este caso se estaría hablando de la quiebra o insolvencia de todo el Estado; en los casos en los que el contratista puede solicita a terminación unilateral del contrato ya que en la manera en que está establecida en la ley para que procedan estas formas se las

debe demandar y obtener un fallo judicial; y en el caso de muerte del contratista; en este caso se trata siempre de una persona jurídica.

6. Por otro lado, considero que las controversias surgidas de la ejecución de los contratos interadministrativos pueden ser resueltas mediante el diálogo directo entre las máximas autoridades de las dos entidades del sector público y en el caso de no llegar a solucionar de esta manera acudir a la Mediación en el Centro de Mediación de la Procuraduría, ya que demandar ante el contencioso administrativo no tiene cabida ya que como se explicó en líneas anteriores no es posible que el Estado se demande asimismo.

RECOMENDACION

1. Considero importante que si bien no se expide una normativa independiente a la Ley y el Reglamento establecido para la contratación pública se debería incluir un Título muy específico que se encargue de afinar los aspectos que realmente pueden ser aplicados en el caso de los contratos interadministrativos ya que al existir normas generales se observa que en algunos casos son inaplicables.

BIBLIOGRAFIA

- Rivero Ysern, Enrique, "Las relaciones interadministrativas, revista de administración pública, España.
- Marienhoff, Miguel, *Administración pública, actividad interorgánica, relaciones interadministrativas*, Jurisprudencia argentina. 1962, p.77, citado por Juan Carlos Cassagne, "Las relaciones interadministrativas, revista chilena de derecho, vol. 2, Santiago de Chile.
- Chávez Marín, Augusto Ramón, *Los convenios de la administración: entre gestión pública y la actividad contractual*, Bogotá, 2008, p. 28 -30, citado por Jorge Enrique Santos Rodríguez, "Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos.
- Chávez Marín, Augusto Ramón, *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008.
- Santos Rodríguez, Jorge Enrique, *Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos*.
- Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2da. Edición, 2005.
- Sierra Solano, citado por Juan Carlos Expósito Vélez, "La configuración del contrato de la administración pública en el Derecho Colombiano y Español", Universidad de Externado de Colombia, 2003.
- Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Tomos I, III-A, 4ta. Edición, 1998.
- Blanquer, David, *Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Hispania Libros, 11va. Edición, 2006.

Güecha Medina, Ciro Nolberto, *Contratos Administrativos*, Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2007.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Ley Orgánica del Servicio Público.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas

Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomías y Descentralización